مصطلح ما جرى به العمل عند المالكية
حقيقته وضوابطه

إعداد
د. فؤاد محمد أبو عود

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله ربّ العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين. وبعد:

فممّا هو معلوم لدى الدارسين لكتب المذاهب الفقهية أن لكل مذهب من هذه المذاهب بُنْيَته العامة ونظامه المعرفيّ، تَبعاً لاعتبارات هذه المدارس المرتبطة بإمام المذهب وبتلامذته الذين أثْرَوا مذهبهم بالاستنباط لأقوال صاحب المذهب وتلاميذه، وبما أثروه أيضاً بالنظر في المسائل غير المنصوص عليها وتخريجها على المنصوص عليها مع مراعاة الضوابط والشروط الموضوعة لذلك.

والناظر في المذهب المالكي – كغيره من المذاهب الفقهية– يجد الروايات المتعددة في المسألة الواحدة لإمام المذهب ـــ مالك بن أنس رحمه الله ـــ ، كما يجد أقوالاً لتلاميذه في المسائل التي لم يُعرف فيها رأي لإمامهم، أو عُلم له رأي ولكنهم خالفوه بمقتضى الأصول التي بَنَى عليها مذهبه، فنشأت التأويلات والأقوال والروايات.

وإذا كان المذهب المالكي متكوّن من هذه المعطيات جميعها، فلا غرابة أن تكون هذه الأقوال والروايات مختلفة في الترجيح، ممّا أوجد داخل المذهب المالكي الأقوال المُفْتَى بها وغيرها وهي: القول المتفق عليه، فالذي جرى به العمل، فالراجح، فالمشهور، فالقول المساوي لمقابله، فالشاذّ، فالضعيف.

ونظراً لكون القول الذي جرى به العمل في المرتبة الثانية من الأقوال المعتمدة في الفتوى والقضاء، ويكثر اعتماد المفتين عليه في البلاد المغربيّة عامة، وفي بلدنا (ليبيا) خاصةً، مع عدم شُهرة تحريره من حيث الماهية والضوابط، أضف إلى ذلك أن كثيراً من المفتين في بلدنا يستندون إلى ما جرى به العمل في بلدة أو قرية من قرى بلاد المغرب كمدينة فاس أو سوس مثلاً، وهذا لا يصح إلا بشروط وضوابط، كما سيتضح من خلال هذا البحث.

لهذا وذاك أحببت أن أساهم بهذا البحث، مُعرِّفاً بهذا المصطلح وبأقسامه وضوابط الفتوى به، ثم بذكر نماذج من مسائله، كانت هذه المحاور الأساسية لدراسة هذا الموضوع ـــ وَفْق المذهب المالكي ـــ في تمهيد وثلاثة مباحث:

تمهيد، ويشتمل على بيان الأقوال المعتمدة في الفتوى وغيرها.

المبحث الأول: حقيقة مصطلح (ما جرى به العمل) وأقسامه.

المبحث الثاني: ضوابط الفُتْيا بالقول الذي جرى به العمل.

المبحث الثالث: نماذج من تطبيقات القول الذي جرى به العمل.

والله أسأل التوفيق والسداد

والحمد لله رب العالمين

تمهيد:

مصطلح ما جرى به العمل مما اختص به مالكية المغرب دون المشرق، فلا يوجد في كتب المشارقة هذا المصطلح؛ لأنها في المشرق تتصارع مع المذاهب الفقهية الأخرى من أجل البقاء، ومن ذلك مالكية العراق الذين يمثلهم: القاضي إسماعيل بن إسحاق، وابن القصار، وابن الجلاب، والقاضي عبدالوهاب، وأبو الفرج، والأبهري، وهم أئمة أعلام مشهود لهم بالقَدَم الراسخة في العلوم الشرعية، كانوا يزاحمون الحنفية ويتبادلون معهم القضاء، فكان شغلهم الشاغل هو تقعيد القواعد الأصولية، وتبيان خصوصيات المذهب المالكي ودراسة التفريعات الفقهية، والمشاركة في المناظرات والجدال، والاهتمام بنصرة المذهب المالكي.

أما مالكية المغرب فهم على العكس تماماً من مالكية المشرق، فنجد لهم اهتماماً مبالغاً فيه أحياناً بمصطلح ما جرى به العمل، ولعلّ ذلك يرجع إلى ما اشتهر آنذاك من قَفْل باب الاجتهاد؛ سدًّا لذريعة من قد يدّعيه دون أن يكون من أهله، ففتح فقهاء مالكية المغرب باباً آخر له عن طريق ما جرى به العمل؛ حيث طرأت نوازل ووقائع واستجدّت أمور كان لابد من مواجهتها، بالنظر في تراث المدرسة المالكية من أقوال مهجورة، وآراء منثورة؛ ليصير لها حظ من النظر[1].

هذا، وقبل أن أشرع في موضوع البحث يجدر بي أن أعرّف ببعض المصطلحات الفقهية التي عليها الفتوى والقضاء، وما يقابلها من الأقوال التي لا يجوز الإفتاء ولا القضاء بها، وهي على النحو الآتي:

1- المتفق عليه:

هو اتفاق أهل المذهب دون غيرهم من علماء المذاهب على حكم ما[2].

2- ما جرى به العمل:

مرتبة ما جرى العمل به في الفتوى بعد القول المتفق عليه في المذهب، فإذا لم يكن في المسألة قول متفق عليه وفيها قول جرى به العمل ـــ وفق الضوابط التي وضعها الفقهاء التي سيأتي تفصيلها ـــ فإنه يفتى بما جرى به العمل، ويقدّم على الراجح والمشهور، قال الشيخ حجازي: "ويقدم المشهور على الراجح، واشتهر أنه يقدم عليه ما به العمل؛ وكأنه لما فيه من المصلحة المتعيّنة"[3]، وقال صاحب

---

[1] ينظر: مصطلح ما جرى به العمل وأثره على تغيّر الفتوى، د. عبدالفتاح الزنيفي، ص14، وأصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، د. محمد رياض، ص514.

[2] ينظر: كشف النقاب الحاجب، لابن فرحون، ص114، وشرح الخرشي لمختصر خليل مع حاشية العدوي، 48/1، ورفع العتاب والملام عمّن قال العمل بالضعيف اختياراً حرام، للفاسي، ص5.

[3] حاشية حجازي على مجموع الأمير، 17/1.

المراقي:

وقُدّم الضعيفُ إن جرى عَمَلْ ** به لأجل سَبَب قد اتّصلْ[4]

وبما أن هذا المصطلح موضوع هذا البحث، فسيأتي بيان ماهيته وما يتعلق به مفصلا.

3- الراجح:

عُرِّف بتعريفين:

الأول: ما قوي دليله.

الثاني: ما كثر قائله.

والصواب أنه ما قوي دليله[5].

والقول الراجح في المرتبة الثالثة في الإفتاء به والقضاء، بعد القول المتفق عليه والقول الذي جرى به العمل.

4- المشهور:

تباينت أقوال الفقهاء في تعريفه إلى أقوال ثلاثة:

الأول: ما كثر قائله، ولا يقال في حكم ما إنه مشهور إلا إذا حكم به أكثر من ثلاثة من العلماء، ولذلك فإنهم يفرّقون بين المشهور والراجح – مع أن كلاً منهما له قوة على مقابله- بأن الراجح نشأت قوته من الدليل نفسه، من غير نظر للقائل، والمشهور نشأت قوته من القائل[6].

الثاني: ما قوي دليله.

وعلى هذا القول يكون مرادفاً للراجح[7].

الثالث: هو قول ابن القاسم في المدونة[8].

ويرى الشيخ العدوي أن الأَوْلَى أن يقال: رواية ابن القاسم في المدونة[9].

وانتقده أيضا الهلالي؛ لقصور في تعبيره[10].

ووجه تقديم قول ابن القاسم لأمور، منها:

---

[4] مراقي السعود لمبتغي الرقي والصعود، للشنقيطي، ص 117.

[5] ينظر: رفع العتاب والملام، للفاسي، ص5.

[6] ينظر: نور البصر في شرح مقدمة المختصر، للهلالي، ص156.

[7] ينظر: كشف النقاب الحاجب، لابن فرحون، ص62، والبهجة شرح التحفة، للتسولي، 108/1، ونور البصر، ص156.

[8] ينظر: شرح الخرشي لمختصر خليل، 36/1.

[9] حاشية العدوي على شرح الخرشي لمختصر خليل، 36/1، ونور البصر، للهلالي، ص157.

[10] ينظر: نور البصر، للهلالي ص157.

1- ملازمته الإمام مالكاً أكثر من عشرين سنة، و لم يفارقه حتى توفي، وكان لا يغيب عن مجلسه إلا لعذر، فكان أعلم من غيره بالمتقدم والمتأخر من أقوال الإمام مالك بن أنس.

2- ما عُلم من ورعه وتثبّته، وشهادة أهل عصره ومَن بعدهم له بالتقدم في مذهب مالك.

3- رواية المدونة عنه[11].

والقول الأول في تعريف المشهور هو الذي عليه الاعتماد، وبه أخذ أكثر علماء المذهب[12]؛ وذلك لأمور ثلاثة:

1- أن هذا التعريف هو المناسب للمعنى اللغوي للفظ المشهور؛ لأن الشهرة تعني ظهور الشيء، ولا شك أن الحكم الصادر عن جماعة أكثر من ثلاثة ظاهر.

2- مذهب جمهور الفقهاء والأصوليين تقديم الراجح على المشهور عند تعارضهما، ولو لم يُفَسَّر المشهور بما كثر قائله بأن فُسِّرَ بما قوي دليله لكان مرادفاً للراجح، فلا تتأتّى معارضتهما حتى يقال: يُقَدَّم الراجح.

3- أن العلماء ذكروا أن أحد القولين قد يكون مشهوراً لكثرة قائله، وراجحاً لقوة دليله[13].

5- القول المساوي لمقابله:

وذلك بأن يكون في المسألة الواحدة قولان راجحان، أو قولان مشهوران[14].

وهذه الرتبة تكون حين تستوي الأقوال من جهة دليلها أو قائلها ولا يظهر في بداية الأمر موجب للرجحان.

فالواقعة هنا تندرج تحت قولين متعارضين، وكلاهما معتمد، واختلف الفقهاء في موقف المفتي من ذلك:

- فإذا كان المفتي مجتهداً؛ فإن نظره حينئذٍ يكون في الأدلة، فإن تعارض عنده قولان متساويان وعجز عن الترجيح بينهما، ففي المسألة قولان:
  - قيل: يتساقطان، بمعنى أنه لا يعمل بأحد منهما.
  - وقيل: يختار واحداً منهما يفتي به[15].

---

[11] ينظر: المصدر السابق.

[12] ينظر: شرح الخرشي لمختصر خليل، 36/1، والشرح الكبير على مختصر خليل، للدردير، 20/1، ومواهب الخلّاق على شرح التاودي للامية الزقاق، لأبي الشتاء، 296/2، ورفع العتاب والملام، للفاسي، ص5.

[13] ينظر: نور البصر، للهلالي، ص156، وضوابط الفتوى بما جرى به العمل في المذهب المالكي، د. فرج علي جوان، ص92.

[14] ينظر: نور البصر، ص157.

[15] ينظر: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، للقرافي، ص79، والمدخل لدراسة الفقه المالكي، أحمد ذيب، ص391.

- أما إن كان المفتي مقلداً ففي المسألة قولان أيضاً:
  - قيل: له أن يحمل المستفتي على أيهما أحب.
  - وقيل: إنه في ذلك كالناقل، يخبره بالقائلين، وهو يقلد أيّهما أحب، كما لو كانوا أحياء، وبالقولين معاً جرى العمل[16].

وقد أنكر الإمام الشاطبي القول بالتخيير غايةً وبالغ في إبطاله، حيث ذكر أن القولين عند المقلد كالدليلين عند المجتهد، فكما أن المجتهد لا يجوز له العمل بأحد الدليلين من غير نظر، بل لابدّ له من الترجيح أو الوقف، فكذلك المقلد إذا تعذّر عليه الترجيح بالأعلمية ونحوها توقّف، ولا يختار بهواه؛ لأن الشريعة وُضعت لإخراج المكلّف عن دائرة هواه، وتخييرُه ينافي ذلك، وقول المفتي للمقلد: أنت مُخيَّر بين القولين إحداث قول ثالث بلا دليل[17].

ما لا تجوز الفتوى به من الأقوال:

ما تقدّم ذكره من المصطلحات الخمسة من الأقوال هي التي وحدها فقط يجوز الفتوى بها.

وهناك مصطلحان آخران لا يجوز الإفتاء ولا القضاء بهما[18]، وهما القول الشاذ والقول الضعيف، إلا إذا جرى بهما عمل، كما سيأتي.

وفيما يلي بيانهما:

1-القول الشاذ:

هو مقابل للقول المشهور الذي تقدم الحديث عنه، وبعضهم يعبّر عنه بالغريب مثلما عليه أهل مصطلح الحديث، كما قال البيقوني:

.... ** وقُلْ غريب ما رَوى راوٍ فقطْ[19]

وسمي بذلك؛ لانفراده بقوله عن غيره كالغريب الذي شأنه الانفراد عن وطنه[20]، وهو

---

[16] ينظر: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، للحطاب، 37/1، ونور البصر في شرح مقدمة المختصر ، للهلالي، ص58، والمعيار المعرب، للونشريسي، 265/8.

[17] ينظر: الموافقات الشاطبي، 81/5، ونور البصر، للهلالي، ص159.

[18] ينظر: منح الجليل شرح مختصر خليل، لعليش، 9/1، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 20/1، وشرح الخرشي، 36/1، وعلى هذا القول الصحيح يقدّم قول الغير من خارج المذهب على القول الشاذ والضعيف، وجوّز بعضهم للمفتي أن يفتي به لنفسه لا لغيره عند الضرورة بشروط أربعة، أشار إليها العلوي الشنقيطي بقوله:

وشرط فتوى المرء بالضعيف ** سلامة من شدة التضعيف

وعزوه بعد تحقق الضـــــر ** لعالم ما في اقتفائه ضرر

ينظر: مرجع المشكلات، للتواتي، ص139، ورفع العتاب والملام، للفاسي، ص29.

[19] ينظر: شرح الزرقاني على البيقونية مع حاشية الأجهوري، ص 56.

[20] المصدر السابق.

يناسب تماما ما إذا عرفنا المشهور بكونه ما كثر قائله، قال الخديم اليعقوبي:

قابلَ مشهوراً غريبُ قُوبلا ** ضعيفٌ اَيضا بصحيح قُبلا[21]

والغالب عند فقهاء المالكية إطلاقهم الشاذ مقابل المشهور، بل قد يطلق مقابل الراجح، كما أن الضعيف كذلك[22].

وعليه فيكون تعريف الشاذ: هو الذي لم يكثر قائله، أي لم يصدر عن جماعة، وبهذا يكون مرادفا للغريب[23].

ويلاحظ أن تعريف الشاذ عند الفقهاء قريب من تعريفه عند المحدثين، فهو عندهم: ما رَوَى الثقةُ مخالفاً لرواية الناس، لا أن يَرْوِي ما لا يَرْوي غيرُه[24].

فشرط التفرد والمخالفة ملحوظ أيضاً عند الفقهاء، فلو تَفرّد فقيه برواية قول، أو قال بحكم دون أن يخالف في ذلك جماعة من الفقهاء لما سُمّي قوله شاذًّا[25].

2- القول الضعيف:

وهو ما لم يَقْوَ دليله.

والضعيف نوعان:

- **النوع الأول**: ضعيف نسبيّ، وهو الذي عارضه ما هو أقوى منه، فيكون ضعيفاً بالنسبة لما هو أقوى منه، وإن كان له قوة في نفسه.
- **النوع الثاني**: ضعيف المدرك، وهو الذي خالف نصًّا أو إجماعاً أو قياساً جليًّا، فيكون ضعيفاً في نفسه[26].

---

[21] إسهام الطالب الخديم بشرح منظومة العلامة محمد الحسن الخديم في معرفة مصطلحات المذهب المالكي، لعبد الكريم قبول، ص 82.

[22] ينظر: رفع العتاب والملام، للفاسي، ص6.

[23] المصدر السابق.

[24] تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي، للسيوطي، 187/1.

[25] ينظر: المدخل لدراسة الفقه المالكي، أحمد ذيب، ص394.

[26] ينظر: رفع العتاب والملام، للفاسي، ص6، والمدخل لدراسة الفقه المالكي، ص395.

المبحث الأول

حقيقة مصطلح (ما جرى به العمل) وأقسامه

أولاً: تعريف مصطلح ما جرى به العمل:

عُرِّف هذا المصطلح بتعريفات أهمها:

أ. عرفه أبو الشتاء الصنهاجي بقوله: "هو القول الذي حكم به قضاة العدل".

ثم نظم ذلك بقوله:

عَمَلُنَا هو الذي به حَكَمْ ** قضاةُ الاقتداء رَعْيًا للحكم[27]

ب. وعرّفه الحجوي بقوله: "الأخذ بقول ضعيف أو شاذّ في مقابل الراجح أو المشهور؛ لمصلحة أو ضرورة أو عرف، أو غير ذلك من الأُسس"[28].

ج. وعرفه د. العسري بقوله: "أن يحكم أحد القضاة، أو يفتي أحد المفتين ممن ثبتت عدالته ونزاهته مع العلم والمعرفة، بقول من أقوال علماء المذهب وإن كان ضعيفاً أو مهجوراً؛ مراعاةً لأحوال المتداعيين والمستفتين، وما يرجع إلى أعرافهم وعوائدهم"[29].

د. وعرّفه د. عمر الجيدي بقوله: "العدول عن القول الراجح أو المشهور في بعض المسائل إلى القول الضعيف فيها؛ رَعْيًا لمصلحة الأمة وما تقتضيه حالتها الاجتماعية"[30].

يتبين من خلال التعريفات السابقة أن مصطلح ما جرى به العمل هو اختيار مجتهد من مجتهدي المذهب قولاً ضعيفاً أو شاذًّا فيفتي به، أو اختيار قاض مجتهد – من أهل الترجيح- فَيَحْكُم به؛ لباعث اجتماعي يتمثل في مراعاة عُرْف، أو وجود ضرورة، أو لمصلحة شرعية؛ مراعاةً لقاعدة: "دَرْءُ المفاسد مُقَدَّم على جَلْب المصالح"[31]، وكذلك؛ لأنّ تغير الأحكام عند تغيّر الأسباب ليس خروجاً عن المذهب، بل فيه جَرْيٌ على أصل المذهب في المحافظة على المصالح المعتبرة شرعاً، أو سدًّا لذريعة محرمة.

---

[27] مواهب الخلاّق على شرح التاودي للامية الزقاق، لأبي الشتاء، 396/2.

[28] الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، للحجوي، 464/2.

[29] نقلاً عن: المدخل لدراسة الفقه المالكي، أحمد ذيب، ص338.

[30] العرف والعمل في المذهب المالكي، للجيدي، ص342.

[31] ينظر: إيضاح المسالك، للونشريسي، ص 91، والإسعاف بالطلب، للتواتي، ص 371.

ثانياً: أقسام العمل:

ينقسم العمل إلى قسمين:

الأول: العمل المطلق، وهو لا يختص ببلدة واحدة؛ لأنه لا يرتبط بالعرف الخاص، بل مرجعه إلى العرف العام، أو المصلحة العامة أو الضرورة العامة، أو فساد الزمن، فهو غير مقيد بمكان مخصوص، وقد ألّف السجلماسي كتابه (العمل المطلق) ذكر فيه عمل فاس وقرطبة وتونس وغيرها من الأقاليم.

الثاني: العمل الخاص، وهو ما يختص ببلدة واحدة، كعمل قرطبة، وتونس، بحيث تجري به أحكام لا تطبق إلا فيها؛ لوجود الباعث على ذلك[32].

وبهذا يفهم أن مصطلح ما جرى به العمل ليس أساساً تشريعياً جاء لمصادمة النصوص وتغييرها على الإطلاق، بل هو علاج تشريعي اقتضته الأحوال الاستثنائية الحاصلة في بلدة أو مجتمع ما، جاء لإعطاء الحلول للنوازل الواقعة ولتنزيل الأحكام الفقهية عليها وفْق أحوالهم، وذلك بسبب فساد وتبدّل الزمان، إذ تَحْدُثُ للناس أقضية بقدر ما أحدثوا.

وعليه فليس ما جرى به العمل مسايرة لأهواء الناس وتصرفات العوام، بل غايته أن تبقى الشريعة مطبقة في حياة الناس[33]، وإذا انتفت البواعث وأسباب العمل به رجع إلى العمل بالأصل من الراجح أو المشهور.

وفي هذا يقول الحجوي الثعالبي: "فإذا كان العمل بالضعيف لدَرْءِ مفسدة فهو على أصل مالك في سد الذرائع، أو جَلْبِ مصلحة فهو على أصله في المصلحة المرسلة... فإذا زال الموجب عاد الحكم للمشهور؛ لأن الحكم بالراجح ثم المشهور واجب... ولا يَقْدرُ على نقد مثل هذا إلا من بلغ رتبة الاجتهاد المذهبي، أما من لم يبلغها فليس له رخصة في أن يترك المشهور إلى الشاذ في الفتوى والحكم أصلاً، فالباب دونه مسدود"[34].

---

[32] ينظر: تقديم أ. هاشم العلوي لكتاب تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس، للوزاني، ص13، ومصطلح ما جرى به العمل وأثره على تغير الفتوى، د. عبدالفتاح الزنيفي، ص5.

[33] مصطلح ما جرى به العمل، للزنيفي، ص5.

[34] الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، للحجوي الثعالبي، 465/2.

المبحث الثاني

ضوابط الفتيا بالقول الذي جرى به العمل

حتى لا يكون الأخذ بمصطلح ما جرى به العمل من قبيل التَّشَهِّي واتباع الهوى، فقد سارع الفقهاء في جعل ضوابط له؛ كي لا يكون سلاحاً في سبيل إهدار النصوص والأصول واطِّراحها بحجة مخالفتها لما جرى به العمل، فاشترطوا لتقديم ما جرى به العمل على الراجح والمشهور في الفتوى ـــ عدّة ضوابط، هي على النحو الآتي:

الضابط الأول: ثبوت جَرَيَان العمل بذلك القول من غير شَكٍّ:

فإن وقع الشك هل عمل العلماء بمقابل المشهور أو لا؟ فإنه يجب العمل بالمشهور[35].

وهذا الشرط يتعلق بمسألة توثيقية؛ ليحصل الاطمئنان من مصدرية ثبوت جريان العمل، مَخَافةَ أن يثبت بقول العوام أو المنتسبين لعلوم الشريعة غير المؤهلين.

فالأصل أن ما جرى به العمل ينبغي التأكد من صدوره بنص مجتهد في المذهب إما بفتوى له فيه أو بقضاء به.

واختلف بعض فقهاء المذهب المتأخرين: هل يلزم اشتهار فتوى المجتهد في المذهب أو قضائه به أم لا؟ فذهب الوزّاني[36]، والحَجْوي[37]، وأبو العباس أحمد الهلالي[38] إلى أن ما جرى به العمل لا يتوقف على الشهادة.

بينما ذهب الشيخ ميّارة[39] وأبو الشتاء[40] إلى أن ما جرى به العمل يثبت بشهادة العدول المتَثَبِّتين في المسائل، ولا يثبت بقول بعض عوامِّ العدول ممن لا خبرة له بمعنى لفظ: المشهور أو الشاذ، فضلاً عن غيره.

ومن خلال ما تقدم يتبيّن أن الأَوْلى الاحتياط والتأكد من ثبوت ما جرى به العمل عن عالم موثوق بعلمه وورعِه.

---

[35] ينظر: رفع العتاب والملام، للفاسي، ص8، وحاشية الرهوني على شرح الزرقاني، 198/4، ونور البصر، للهلالي، ص172.

[36] ينظر: حاشية الوزاني على شرح التاودي للامية الزقاق، ص385.

[37] ينظر: الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، للحجوي، 469/2.

[38] ينظر: نور البصر في شرح مقدمة المختصر، للهلالي، ص172.

[39] ينظر: شرح ميارة على لامية الزقاق، ص446، ونور البصر، للهلالي، ص171.

[40] ينظر: مواهب الخلاق على شرح لامية الزقاق، لأبي الشتاء، 330/2، ونثر الورود على مراقي السعود، للشنقيطي، 639/2، وإعداد المهج للاستفادة من المنهج، للشنقيطي، ص305.

والمتتبع لمسائل ما جرى به العمل التي ذكرها العلماء يجد بعضاً منها دون ذكر اسم المفتي أو القاضي الذي أجرى ذلك العمل، غفلة منهم في عدم ذكره أو لأمر آخر خفي عنّا.

وبما أن هؤلاء العلماء ثقاة لا نشك في أنهم ما وضعوا مسألةً من مسائل العمل إلا بعدما ثبت عندهم من أجرى بذلك من المجتهدين، فالذي ينبغي والحالة هذه أن يتأكد من أن الفتوى أو الحكم الذي جرى به العمل هو قول ضعيف أو شاذ في المذهب، ومن مظانّ وجودهما في الكتب التي عُني أصحابها بذكر مثل هذه الأقوال، مثل: المختصر الفقهي لابن عرفة، والتوضيح شرح جامع الأمهات لخليل بن إسحاق، وغير ذلك من الكتب.

الضابط الثاني: معرفة محليّة جَرَيَانه عامًّا أو خاصًّا من البلدان:

وذلك لأن العمل – كما تقدم- قد يكون خاصًّا ببعض الأمكنة دون بعض، وقد يكون عامًّا في جميع الأمكنة، وكذا قد يكون خاصاً ببعض الأزمنة دون بعض، أو عامًا في جميعها[41].

وإذا جُهل المحل الذي جرى فيه العمل امتنع تعديته إلى المحل الذي يراد تعديته إليه؛ لأن للأمكنة خصوصيّات كما للأزمنة خصوصيات، فإذا ثبت أن أهل بلدة من البلاد جرى عملهم في زمن ما في إحدى المسائل الفقهية، فلا يجوز لنا الاقتداء بهم بأن نأخذ بمثل ما أخذوا في بلد أو زمان مغاير؛ إذ قد يكون لهم مصلحة في ذلك، ولا تتوفر في غيرها[42].

ومن المصنفات المختصة بهما[43]:

- عمل القطر السوسي، وهو نظم ألّفه أبوزيد عبدالرحمن الجشتيمي فاق عدد أبياتها (1670) بَيْت، ضمّت مَا لَهُ علاقة بالفقه السوسي المبني على ما جرى به العمل، وشَرَحَها، وهو من اسمه عمل خاص[44].
- عمل أهل فاس، وهو نظم ألّفه عبدالرحمن الفاسي، وعدد أبياته (451) بيت، وهو من

[41] ينظر: المدخل لدراسة الفقه المالكي، لأحمد ذيب، ص 339، ورفع العتاب والملام، للفاسي، ص8، ونور البصر، للهلالي، ص172.

[42] ينظر: العرف والعمل في المذهب المالكي، للجيدي، ص361.

[43] لمزيد من الاطلاع على المصنّفات في مسائل ما جرى به العمل، ينظر: مصنفات المالكية فيما جرى به العمل، د. كمال بلحركة، ص 3 وما بعدها.

[44] ممّن شرح نظم العمل السوسي: الرحماني عبد الله بن محمد الجشتيمي، وشرحه مطبوع. ينظر: العمل السوسي في الميدان القضائي، عبدالله الجشتيمي.

العمل الخاص أيضاً[45].

وهناك عمل عام لا ارتباط له ببلد معين، ويسمى العمل المطلق، وأشهر من ألّف فيه: أبو عبدالله محمد بن أبي القاسم السّجلماسي في نظم أسماه: (مُعْتمد الُحكّام في مسائل الأحكام) عدد أبياته (1491)، وقد شرحه الناظم بنفسه، كما شرحه آخرون[46].

الضابط الثالث: معرفة زمان ومكان ما جرى به العمل:

يتجلّى هذا الشرط في مراعاة الفقهاء لعنصر الزمان واعتبار السياق وأثرهما على تغير الأحكام؛ نجد ذلك عندما يقولون: لاَ يُنْكَرُ تغيُّر الأحكام بتغير الزمان[47]، وعندما يقول علماء المالكية: هذا خلاف في حال لا خلاف في مقال[48]، وكذلك عبارة الحنفية الشهيرة: هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان[49].

ويرجع سبب اشتراط هذا الشرط؛ أن العمل قد يكون خاصاً ببعض الأمكنة دون بعض، وقد يكون عاماً في جميع الأمكنة، وكذا قد يكون خاصاً في بعض الأزمنة دون بعض، وقد يكون عاماً في جميع الأزمنة؛ لأن المصلحة قد تكون في زمن دون زمن، وقد تستمر في جميع الأزمنة[50].

وقد مَثَّل الشيخ الهلالي لهذا الشرط: بما إذا ثبت عند أهل الأندلس مثلاً أن العمل جرى بالإذن للنصارى الذين تحت الذمّة، في إحداث كنائس في الأندلس، فلا يجوز لمن جاء بعد ذلك القرن بالإذن لليهود في إحداثها؛ لأن أهل الأندلس كانوا مجاورين لأهل الحرب في ذلك الزمن، فتعينت المصلحة في الإذن لهم؛ لئلا يهربوا من المسلمين لإخوانهم الحربيين، فيفوت المسلمين النفع الحاصل بأهل الذمة من الجزية وغيرها، ويحصل لهم الضرر بتقوية العدو عليهم[51].

والمتأمل في هذا الشرط يلحظ أن فقهاء المالكية كانوا يعيشون زمانهم، ويبحثون عن الحلول الشرعية لما يستجد من نوازل.

وقد أشار الشيخ الغلاّوي إلى هذا الشرط بقوله:

---

(45) وعلى هذا النظم شروح منها: الشفا الذي لا يغادر سقما ولا بأسا، للوزّاني، واختصره في كتاب: تحفة أكياس الناس شرح عمليات فاس، ومن الشروح أيضاً: جني زهر الآس في شرح نظم عمل أهل فاس، لعبدالصمد كنون، وشرح السجلماسي، والعميري، وغيرها من الشروح، ينظر: مصنفات المالكية فيما جرى به العمل، د. كمال بلحركة، ص3.

(46) المصدر السابق.

(47) مجلة الأحكام العدلية العثمانية، مادة: (39)، ص20.

(48) نور البصر في شرح مقدمة المختصر، للهلالي، ص132.

(49) ينظر: الهداية شرح بداية المبتدي، للمرغيناني، 272/4.

(50) رفع العتاب والملام، للفاسي، ص8، والعرف والعمل، للجيدي، ص361.

(51) ينظر: نور البصر، ص169-170.

والثان والثالث يلزمان ** معرفة المكان والزمان[52]

الضابط الرابع: صدور العمل من قدوة مُؤَهّل.

بمعنى أن يكون العالم الذي أجرى هذا العمل أهلاً للاقتداء في الترجيح، فإذا جرى عمل بمقابل المشهور أو الراجح ممن لا يقتدى به، فالواجب اتباع المشهور.

وذلك لأن العمل من المقلد بما جرى به العمل تقليد لمن أجراه، وإذا لم يعرف من أجراه لم تثبت أهليته، وربما عمل بعض القضاة بالمرجوح بجهله أو جَوْره، لا لموجب شرعي، فيتبعه مَنْ بعده، ويقال على ذلك: جرى العمل به، ولا يجوز التقليد في الجور والجهل[53].

وذلك لأن من كان أهلاً للترجيح هو الذي يقدر على تمييز ما هو مصلحة وما هو مفسدة أو ذريعة إليها، ويميّز ما هو في رتبة الضروريات أو الحاجيات أو التحسينيات[54] .

وإلى ذلك أشار الغلاّوي بقوله:

رابعها كون الذي أجرى العملْ ** أهلاً للاقتداء قولاً وعملْ
فحيث لـــم تثبت له الأهليّـــهْ ** تقليـــده يُمْنَعُ في النَّقليّهْ[55]

الضابط الخامس: أن يتقرر موجب العمل:

وهذا لا يتأتّى إلا بمعرفة السبب الذي لأجله عُدِل عن المشهور أو الراجح إلى الشاذ أو الضعيف من الأقوال، من وجود عُرْفٍ أو ضرورة أو حاجة، أو مصلحة، أو ذريعة سَدًّا أو فَتْحًا.
فإذا جُهل مُوجِبُ جريان العمل امتنعت تعديته؛ لجواز أن يكون ذلك الموجب معدوماً في البلد الذي أريد تعديته إليه[56].

وكذلك لا يعدل عن المشهور للعمل إلا إذا استمرت المصلحة التي بسببها جرى العمل[57].

---

[52] بو طليحية، بشرح يحيى ولد البراء، ص124.

[53] ينظر: نور البصر، للهلالي، ص170، والعرف والعمل، للجيدي، ص361، ونشر الورود على مراقي السعود، للشنقيطي، 639/2، والمدخل لدراسة الفقه المالكي، أحمد ذيب، ص339.

[54] ينظر: الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، للحجوي الثعالبي، 466/7.

[55] ينظر: نظم المعتمد من الأقوال والكتب في المذهب المالكي(بو طليحيّة)، للغلاوي الشنقيطي، دراسة وتعليق: لخضر قومار، ص146، وشرح (بو طليحيّة) ليحيى ولد البراء ، ص124.

[56] ينظر: نور البصر، للهلالي، ص170، ورفع العتاب والملام، للفاسي، ص8، وجني زهر الآسي في شرح نظم عمل فاس، عبدالصمد كنون، ص4، وإعداد المهج للاستفادة من المنهج في قواعد الفقه المالكي، للحكني الشنقيطي، ص304، وحاشية الرهوني على شرح الزرقاني، 198/4، ومصطلح ما جرى به العمل وأثره على تغير الفتوى، للزنيفي، ص12.

[57] ينظر: طرد الضوال والهمل عن الكروع في حياض مسائل العمل، للعلوي الشنقيطي، ص50، ونشر الورود على مراقي السعود، للشنقيطي، 639/2، ورفع العتاب والملام، للفاسي، ص8.

وأشار إليه – أيضاً- صاحب مراقي السعود بقوله:

وَقُدِّمَ الضَّعِيفُ إنْ جَرَى عَمَلْ ** بــه لأَجْلِ سَببٍ قد اتَّصَلْ[58]

وقد ذكر هذا الشرط الشيخ الغلاوي بصدد تَعْدَادِهِ لشروط ما جرى به العمل، فقال:

خامسها معرفة الأسباب ** فإنهـــا معينة في الباب[59]

هذه هي ضوابط وشروط مصطلح ما جرى به العمل التي ذكرها الفقهاء لكي يُقدّم على القول الراجح والمشهور في المذهب.

وفي نظري ينبغي أن يكون هناك ضابط آخر صريح يضاف إلى الضوابط السابقة، وهو أن لا يخالف العملُ نصاً شرعياً سواء من الكتاب أو من السنة؛ إذ كل مخالفة صريحة للنصوص جرى عمل بها في إطار فتوى أو قضاء فإنها مردودة على أصحابها أيّا كان قائلها، والمخالفات الصريحة للنصوص الشرعية من أخطر السهام التي وجهت لهذا المصطلح، حيث إن المتتبع للمسائل التي جرى بها العمل يجد بعضا منها صريحا في مخالفته النصوص الشرعية، وأكتفي هنا بذكر ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: ما جرى به العمل في بعض البلدان من أن عدة المطلقة ـــ ذات الأقراء ـــ ثلاثة أشهر.

ومعلوم أن عدة المطلقة التي ما زالت تحيض هي ثلاثة أقراء، سواء كان القرء الطهر أم الحيض، وعدة الصغيرة واليائسة ثلاثة أشهر؛ لقول الله سبحانه: ﴿ وَٱلۡمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٖ ﴾ [البقرة: 228] وقوله: ﴿ وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَ ﴾ [الطلاق: 4]، لكن العمل جرى بأن عدة ذات الأقراء أيضا ثلاثة أشهر!، وفي ذلك يقول الفاسي:

ثم المطلّقة ذات الَا قْرَا ** ثلاثة تعتدّ شهرا شهرا[60]

وعلى قولهم هذا: فإن حاضت ثلاثا قبل ثلاثة أشهر انتظرت تمامها، فإذا ادّعت انقضاء الأقراء الثلاثة قبل تمام الأشهر الثلاثة فإنها لا تصدق في دعواها، وهذا خاص عندهم باعتبار حِلّيتها للأزواج، وأما باعتبار المنع من الارتجاع إن كان الطلاق رجعيا فتصدق.

ومشهور المذهب أنها إن كانت ممن تحيض وادعت أنها رأت الحيضة الثالثة، فإنها تصدق فيما يمكن فيه ذلك ولو كان ذلك في شهر واحد[61].

ومخالفة ما جرى العمل به ـــ في فاس وغيرها ـــ للنص القرآني هو من الوضوح بمكان، وقد استأنسوا

---

[58] مراقي السعود لمبتغى الرقي والصعود، للعلوي الشنقيطي، ص117.

[59] بو طليحية بشرح: يحيى ولد البراء، ص124، وشرح لخضر قومار، ص146.

[60] تحفة أكياس الناس، للوزاني، ص 115.

[61] ينظر: تحفة أكياس الناس، للوزاني، ص 116، وفتح العليم الخلاق، لميارة، ص 449.

في عملهم هذا بما قاله ابن العربي في تفسير آية الأقراء المتقدمة: "وقد قلّت الأديان في الذّكران، فكيف بالنسوان؟ فلا أرى أن تمكّن المطلقة من الزواج إلا بعد ثلاثة أشهر من يوم الطلاق"[62] .

وكلام ابن العربي هذا صريح في أن عدها بالأقراء، لكن لا تصدق في انقضائها في أقل من ثلاثة أشهر، ولم يقل ابن العربي إنها تعتدّ بالأشهر من غير التفات إلى الأقراء[63]، وعلى فرض أنه صرح بذلك فلا يلتفت إلى ذلك؛ لأن على المجتمع بأجمعه تحمل كل ما يتعلق بتدني الأخلاق، وعليهم الإسراع في تشخيص الداء وإصلاح الخلل، ولا تُطالَب الشريعة بالتكيّف مع أحوال من ابتعدوا عن جادة الصواب.

المسألة الثانية: ما جرى العمل به من ترك اللعان لفاسق وغيره[64].

جاء ذكر اللعان في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ...﴾ [النور: 6]، وهو نصّ لا يحتمل التأويل، وادّعاء جريان العمل بتركه جرأة على النصوص الشرعية، يضرب بها عرض الحائط.

المسألة الثالثة: ما جرى به العمل من تشييع الجنائز بالذكر والتهليل.

ومستند العاملين بما جرى به العمل في هذه المسألة هو أن السكوت ذريعة اللغو والاشتغال بأحوال الدنيا، وهو مرتكز ضعيف[65]، إذ السنة أنه يندب الصمت أثناء التشييع؛ لأن المقام مقام موعظة وتفكر؛ كي يحصل الاعتبار من تشييع الجنازة، فلا يرفع المشيعون للجثمان صوتهم لا بذكر ولا بغيره؛ لنهي النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ أن تتبع الجنازة بصوت أو نار[66].

قال الإمام ابن لب ــ مجيبا عن سؤال يتعلق بهذه المسألة ــ: "إن ذكر الله والصلاة على رسوله ــ عليه السلام ــ من أفضل الأعمال، وجميعه حسن، لكن للشرع وظائف وقّتها، وأذكار عيّنها في أوقات وقّتها، فوضْع وظيفة موضع أخرى بدعة، وإقرار الوظائف في محلها سنة، وتلقّي وظائف الأعمال في حمل الجنائز إنما هو الصمت والتفكر والاعتبار، وتبديل هذه الوظائف بغيرها تشريع، ومن البدع في الدين، ...، والمنقول عن السلف الصالح ــ رضي الله عنهم ــ في المشي مع الجنائز هو

---

[62] أحكام القرآن، لابن العربي، 255/1.

[63] ينظر: فتح العليم الخلاق، لميارة، ص 449.

[64] ينظر: فتح العليم الخلاق، لميارة، ص 450، وتحفة أكياس الناس، للوزاني، ص 113 .

[65] ينظر: مصطلح ما جرى به العمل، للزنيفي، ص 3 .

[66] أخرجه أبو داود، 203/3، حديث رقم: (3171)، كتاب الجنائز، باب في النار يتبع بها الميت، وأحمد، 316/15، حديث رقم: (9513)، وحسنه محققه الشيخ شعيب، والحديث مختلف في درجته، ينظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية، لابن حجر، 237/1.

الصمت والتفكر في فتنة القبر وسؤاله وشدائده وأهواله ...، والخير كله في اتباعهم وموافقتهم في فعل ما فعلوه وترك ما تركوه"[67] .

لهذا وذاك ينبغي أن يضاف للضوابط الخمسة المتقدمة ضابط عدم مخالفة العمل لنص الشارع، وتكون له الصدارة عليها، فلا يعتدّ بالقول الذي جرى به العمل ولا يعوّل عليه إذا كان مخالفا لنص شرعي؛ وذلك لأن مصطلح ما جرى به العمل ما هو إلا تفعيل لروح النص ومقصده حسب الحاجة والمصلحة وتغير الزمان والمكان الذي تتغير به الفتوى، فلم يُجعل هذا المصطلح لمصادمة النصوص وتغييرها على الإطلاق، بل هو علاج تشريعي اقتضته الأحوال الاستثنائية الحاصلة في بلدة معينة؛ لإعطاء الحلول للنوازل والوقائع المستجدة.

---

[67] المعيار المعرب، للونشريسي، 314/1.

المبحث الثالث

نماذج من تطبيقات القول الذي جرى به العمل

المسألة الأولى: اشتراط الخالع على المخالعة أن تنفق على ولدها أزْيد من الحولين

معنى الخلع:

الخلع لغة: الإزالة، وهو مأخوذ من خلع الثوب، إذ كل واحد من الزوجين لباس لصاحبه، قال تعالى: ﴿ هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ ﴾ [البقرة: 187]، فإذا فارقها نزع لباسه منها[68].

أما اصطلاحا فقد عرّفه ابن عرفة بقوله: "عقد معاوضة على البُضْع تَمْلِكُ به المرأة نَفْسها ويملكُ به الزوجُ العوض"[69].

وعرف أيضاً بأنه: "الطلاق بعوض وإن من غيرها بلفظه"[70].

ومن مسائل الخلع التي اختلف فيها فقهاء المالكية: ما إذا اشترط الزوج على الزوجة في عقد الخلع أن تنفق على ولدها منه أكثر من مدة الرضاع، فهل يسقط ما بعد مدة الرضاع أو لا يسقط؟ وقد كان اختلافهم فيها على قولين، الأول يمثل المذهب لشهرته، والثاني ضعيف جرى به العمل، وفيما يلي بيان ذلك:

أولا: مشهور المذهب:

مشهور المذهب أن الزائد على الحولين يسقط، ولا فرق بين أن يكون الشرط منه عليها أو منها عليه؛ لأنه غرر، فلا يدري ما تنفق عليه الأم[71].

ويترتب على ذلك أنها تمنع من النكاح إن أرادته في خلال مدّة الرضاع، ويفسخ إن وقع على الصحيح الذي به العمل[72].

---

[68] ينظر: لسان العرب، لابن منظور، 76/8، وتوضيح الأحكام شرح تحفة الأحكام، للتوزري، 129/2.

[69] شرح حدود ابن عرفة، للرّصاع، ص 188.

[70] متن أقرب المسالك، ص83، وينظر: مختصر خليل، ص141.

[71] شرح ابن الناظم على التحفة 758/3، وشرح الخرشي على مختصر خليل، 22/4.

[72] ينظر: البهجة شرح التحفة، للتسولي، 556/1، وتوضيح الأحكام على تحفة الحكّام، للتوزري، 130/2.

وحكي عن ابن القاسم جوازه فيما إذا قيّد الزائد بمدة معلومة[73]، لكن ظاهر قوله المنع مطلقاً في الزائد على الحولين، سواء علمت المدة أم جهلت[74].

ومحل سقوط الزائد على الحولين ما لم تكن الزوجة قد خالعت زوجها بالإنفاق على ولدها منه أو من غيره مدة معلومة زائدة على الحولين، سواء عاش الولد أو مات، فإذا كان الخلع على هذا النحو فإنه جائز لازم اتفاقا، ويترتب عليه أنه إن مات الولد أخذ الزوج منها قدر مؤنة باقي المدة مشاهرة.

قال ابن عاصم:

وجاز قولاً واحداً حيث التُزِم ** ذاك وإن مخالعٌ بـــه عُدم[75]

اعتراض وجوابه:

يَرِدُ على القول المشهور بأن سقوط الزائد على الحولين للضرر هو موجود أيضاً في النفقة مدة الرضاع.

ويجاب عن هذا بالفرق بين التزام النفقة في مدة الرضاع والتزامها فيما زاد عليها، ففي مدة الرضاع قد لا يقبل الرضيع غير أمه المخالِعة، فيجب عليها الإرضاع فيها، كما يجب عليها إذا مات الأب وهو معدم[76].

ثانيا: القول الذي جرى به العمل في المسألة:

يقابل القول المشهور سالف الذكر: قول ضعيف في المذهب لكنه تقوّى بجريان العمل به فصار في المرتبة الثانية في قوة الأقوال في المذهب بعد القول المتفق عليه، ويرى أصحاب هذا القول عدم سقوط

---

(73) التبصرة، للخمي، 2533/6، والتوضيح شرح جامع الأمهات، لخليل بن إسحاق، 298/4، وحلى المعاصم لفكر ابن عاصم، للتاودي، 561/1، والبهجة شرح التحفة، للتسولي، 561/1.

(74) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 357/2.

(75) تحفة الحكام، ص 36، وينظر: البيان والتحصيل، لابن رشد، 339/5، والبهجة شرح التحفة، للتسولي، 561/1، وتوضيح الأحكام، للتوزري، 131/2، وحاشية أبي الشتاء على شرح التاودي للامية الزقاق، 369/2.

(76) الشرح الكبير على مختصر خليل، للدردير، 375/2.

الزائد على الحولين، وهو قول المغيرة المخزومي، وابن الماجشون، وأشهب، وابن نافع، وسحنون[77].

وقد جرت الفتوى والعمل على هذا القول[78]، وهو خلاف لقول ابن القاسم المتقدم، وفي هذا يقول الزقاق:

وقد خُولِفَ المشهورُ فيها بِزَائِدٍ ** بِخُلْعٍ على الحَوْلَيْن كَالرُّشْدِ فَاقْبِلاَ[79]

وقال صاحب العمل:

وشرط من خالع في العقـــود ** نفقـــةٌ منهـــا على المولـــود

لمدة على الرضـــاع زائـــدة ** ....[80]

وقال ابن عاصم :

والخلع بالإنفاق محدود الأجل ** بعد الرضاع بجوازه العمل[81]

وقد صَوَّب القول الذي جرى به العمل جماعة من الشيوخ، حتى قال ابن لبابة: إن الخلق كلّهم على خلاف قول ابن القاسم وروايته عن مالك[82].

ووجهة ما جرى به العمل: أن غاية القول بجواز ما زاد على الحولين هو الغرر، والغرر في الخلع جائز[83]، بل مطلق الغرر جائز في الخلع عند المالكية، حتى إنهم جوّزوا أن يكون الخلع بعبد آبق، أو بعير شارد؛ لأن له الطلاق بدونه، فاشترطوا أن يكون مما يصح تملكه؛ ليخرج ما كان بحرام كخمر أو خنزير[84].

(77) حاشية ابن رحّال على شرح ميارة لتحفة الحكام، 224/1، وفتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق، لميارة، ص453.

(78) ينظر: التبصرة للخمي، 2533/6، وشرح ميارة على تحفة الحكّام، 224/1، والشرح الكبير، للدردير، 357/2، وشرح التاوي، على لامية الزقاق مع حاشية التسولي، ص175.

(79) فتح العليم الخلاق، لميارة، ص447.

(80) تحفة أكياس الناس في شرح نظم عمليات فاس، للوزاني، ص 88.

(81) تحفة الحكام، ص36.

(82) ينظر: فتح العليم الخلاق، لميارة، ص453، وشرح التادوي، مع حاشية التسولي على اللامية، ص175، وشرح الخرشي على خليل، 23/4، والتوضيح شرح جامع الأمهات، لخليل بن إسحاق، 298/4.

(83) البيان والتحصيل، لابن رشد، 339/5، وفتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق، لميارة، ص453.

(84) ينظر: توضيح الأحكام، للتوزري، 129/2.

ودليل جواز الخلع بالغرر والمجهول ظاهر عموم قوله تعالى: ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ [البقرة: 229]، وذلك لأن الخلع ليس طريقه طريق المعاوضات والمبايعات التي تبتغى فيها الأثمان، وإنما المبتغى فيه تخليص الزوجة من ملك الزوج، فلا يضر الجهل بالعوض[85].

[85] المقدمات الممهدات، لابن رشد، 561/1.

المسألة الثانية: تضمين الراعي المشترك.

الراعي المشترك هو الذي يدفع الناس إليه مواشيهم ودوابهم ليقوم برعايتها، فهي لجماعة متعددين لا لواحد فقط، فإذا كان المالك لها واحدا سمي الراعي خاصا[86].

وقد قوي الخلاف في تضمين الراعي المشترك بين رادٍّ ومردود عليه، ومن بينها: ردّ الونشريسي على الفقيهين: العبدوسي، والقوري، ومن أخذ بفتواهما، وذلك عندما ذهب إلى فاس وسُئل عن هذه المسألة فأفتى بعدم الضمان، وبعد أن اطلع الفقيهان على فتوى الونشريسي ردًّا عليه، فانبرا الشيخ الونشريسي للردّ عليهما مُؤَلِّفًا في ذلك رسالة أسماها: (إضاءة الحلك والمرجع بالدّرك على من أفتى من فقهاء فاس بتضمين الراعي المشترك)[87].

و لم يختلف المالكية في الراعي الخاص في أن يده يد أمانة لا يضمن ما ضاع من الشياه وغيرها إلا إذا فرط أو تعدّى، وأقصى ما عليه فيما ضل أو هلك من الشياه: اليمين أنه ما فرط ولا تعدى[88]، ولكنهم اختلفوا في الراعي المشترك هل يده يد أمانة أم ضمان على قولين، الأول يمثل المذهب لشهرته، والثاني ضعيف تقوّى بجريان العمل به، وفيما يلي بيان ذلك:

أولا: القول المشهور في المذهب.

القول المشهور: لا ضمان على الراعي ما ضاع أو مات من الشياه، سواء أكان خاصا أم مشتركاً، إذا لم يفرط و لم يخالف ما شرط عليه[89].

قال الدردير: "كراعٍ خالف مرعى شرط عليه فهلكت أو ضاعت الماشية فيضمن"[90]، فإن فرط أو خالف كأن يقال له: لا ترع في المحل الفلاني، أو لا ترع في الوقت الفلاني ورعى فيه فماتت الشياه: ضمن القيمة[91].

---

[86] ينظر: العقد المنظم للحكام، لابن سلمون، 290/1، وشرح التاودي للامية الزقاق، 179/2.

[87] ينظر: المعيار المعرب، للونشريسي، 343/8، وقد طبعت هذه الرسالة بفاس في حجم صغير، طبعة حجرية، و لم أقف عليها.

[88] ينظر: الإسعاف بالطلب، للتواتي، ص 265.

[89] ينظر: المدونة، لسحنون، 449/3.

[90] شرح أقرب المسالك، للدردير، 278/2.

[91] ينظر: شرح أقرب المسالك، للدردير، 278/2، ومدونة الفقه المالكي، للغرياني، 521/3.

تأصيل المسألة:

الأصل في الأجير – من حيث هو – أنه أمين، والقاعدة الفقهية تقول: الأمين لا يضمن إلا إذا فرّط أو تعدّى، وعليه:

فالأجير والراعي والحارس والمودع والطبيب والحجّام والبيطار – إن لم يخالفوا قانون المهنة– والصانع الخاص الذي لم ينصب نفسه للصنعة، هؤلاء كلهم لا يضمنون إلا إذا فرّطوا[92].

وهناك استثناءات في القاعدة منها:

الصُّنّاع يدهم يد أمانة؛ لأنهم لا يقبضون لصالح أنفسهم، وألزموا بالضمان على خلاف القاعدة استحساناً؛ حتى لا يتساهلوا في إتلاف أموال الناس[93].

وهناك قاعدة مكمّلة تقول: "كل من يده يد أمانة يُصَدّق في دعوى التلف، ويصدق في دعوى الرد مع يمينه".

واستثنوا منها الصناع فإنهم لا يُصدَّقون في دعوى الرد إلا ببينة، مع أن يدهم يد أمانة، على خلاف القاعدة؛ استحساناً؛ لأنهم إذا صُدّقوا و لم يضمنوا أسرعوا إلى أكل أموال الناس أو أحوجوهم إلى ما يضر بهم[94].

هذا هو القول المشهور في المذهب من أنه لا ضمان على الراعي مطلقا، سواء أكان مشتركاً أم خاصاً؛ لأنه على أصل الأمانة، باستثناء ما تعدّى فيه أو فرط، وقامت عليه بذلك بينة، وإلا لم يلزمه إلا اليمين.

ثانيا: القول الذي جرى به العمل.

أما القول الذي جرى به العمل فإن الراعي المشترك يكون ضامناً، وإليه ذهب ابن حبيب من

---

[92] ينظر: الإسعاف بالطلب مختصر شرح المنهج المنتخب، للتواتي، ص261، وتطبيقات قواعد الفقه، د. الصادق الغرياني، ص352.

[93] ينظر: الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، للنفراوي، 168/2، والإسعاف بالطلب، للتواتي، ص263، وتطبيقات قواعد الفقه، د. الصادق الغرياني، ص354.

[94] ينظر: الإسعاف بالطلب، للتواتي ص271، وتطبيقات قواعد الفقه، للغرياني ص355.

علمائنا المتقدمين، كما أفتى به من متأخري المذهب: الفقيهان: العبدوسي وأبو عبدالله القوري، كما حكم به القاضي اليَزْنَاسْنِي، وبذلك صار من الأقوال التي جرى بها العمل، ولهم سلف في ذلك، حيث إنه مذهب الحسن البصري وسعيد بن المسيب ومكحول[95].

قال المكناسي في مجالسه: "ويضمن الراعي ما تعدّى فيه أو فرط كنوم في غير موضعه أو زمنه، وما زعم أنه ضاع و لم تقم له بالضياع بينه فالذي عليه العمل الآن في الراعي: الضمان"[96].

ويقصد المكناسي بالراعي هنا: المشترك، لا المخصوص، فهو على أصل الأمانة لا ضمان عليه إلا بتعدٍّ أو تفريط[97].

وقال التاودي عند قول الزقاق في لاميته: (كذا غرم الرعاة): "جمع راعٍ، والمراد بالراعي: المشترك الذي يدفع الناس إليه مواشيهم ودوابهم، المشهور: لا ضمان عليه؛ لأنه أمين، وعن الحسن وابن المسيب ومكحول أنه يضمن كالصانع، قال ابن حبيب: والأخذ به أحب إليّ، وحكم به اليزناسني وغيره وبه العمل"[98].

واشترط بعضهم لتضمين الراعي المشترك: أن لا يكون له بينة على الضياع بغير سببه وإلا فلا ضمان عليه[99].

وقد أدرج الفاسي ضمان الراعي المشترك في المنظومة فقال:

ضَمَانَ راعِي غنمَ الناس رُعِي ** أَلْحِقْهُ بالصانع في الغرم تعِي[100]

والسبب الذي جعل اليزناسني وغيره يفتي بتضمين الراعي المشترك يرجع إلى:

---

[95] ينظر: البيان والتحصيل، لابن رشد، 224/4، وشرح التاودي للامية الزقاق، ص179، وفتح العليم الخلاّق في شرح لامية الزقاق، لميارة، ص456، وجني زهر الآس شرح نظم عمل فاس، لكنون، ص73، وشرح التاودي مع حاشية العراقي على التحفة، 139/2-140.

[96] نقلاً عن شرح كنون على العمل، ص73.

[97] المصدر السابق.

[98] شرح التاودي على لامية الزقاق، 179/2.

[99] ينظر: جني زهر الآس في شرح نظم عمل فاس، لكنون، ص73، وفتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، لعليش، 228/2.

[100] تحفة أكياس الناس في شرح نظم عمليات فاس، للوزاني، ص364، وإعراب البيت: أن (ضمانَ) مفعول لفعل محذوف يفسره (ألحقه)، و(راعي) مضاف إليه، و(غنمَ) مفعول برعي، و(رُعي) فعل ماض مبني للفاعل، ويُقرأ بالبناء للمفعول للقافية، و(تعي) مجزوم على جواب الأمر، وأثبتت الياء للقافية. (المصدر السابق).

1- أن الغالب في الرعاة الكذب والتعدي والتفريط.

2- أن الحكم بعدم تضمينهم يؤدي إلى تلف كثير من أموال الناس؛ لاضطرارهم إليهم في كثير من الأحيان.

3- اعتماداً على المصلحة التي من أصل مذهب مالك مراعاتُها[101].

أما ردّ الشيخ الونشريسي في رسالته المشار إليها سلفاً (إضاءة الحلك)، فقد لخّصه السجلماسي في الآتي:

1- أن أهل المذهب أجروا الراعي مجرى الحمّال إذا حَمل غير الطعام، فإنه لا ضمان عليه إذا لم يَثْبُتْ تعدِّيه.

2- بأن الراعي لا يؤثر في أعيان الغنم مثلاً، فكان بمترلة الأمين، ولا شبه فيه بالصانع.

3- الإنسان يقدر على الرعي بنفسه، فليست الضرورة على الراعي كالضرورة على الصانع[102].

ونظراً للاضطراب في هذه المسألة فقد توقف العلاّمة المحقق ابن رحّال عن الإفتاء في هذه المسألة لا بالضمان ولا بعدمه، مع ميله للضمان من أجل قلة أمانة الناس، لاسيما من رعاة الغنم فإنها تذبح وتؤكل من قبلهم، فهي بهذا قريبة من الشيء الذي يغاب عليه، فقال بعد ترجيحه للقول بالضمان: "وما ذكرنا رجحانه لا أقدر أن أفتي به؛ لما في المسألة من الاضطراب الكثير"[103].

---

[101] ينظر: فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، لعليش، 227/2.

[102] المصدر السابق، 228/2.

[103] حاشية ابن رحّال على شرح ميارة لتحفة الحكام، 192/2.

المسألة الثالثة: هل العبرة بلفظ المحبِّس أم بقصده؟

لفقهاء المالكية في هذه المسألة قولان، قول مشهور وآخر مقابل له جرى به العمل؛ نظرا للمصلحة في ذلك، وفيما يلي بيانهما:

أولا: القول المشهور في المذهب.

المتصفح لكتب المذهب المالكي يجد أن مشهور المذهب في هذه المسألة هو الاعتداد بلفظ الواقف دون النظر إلى قصده، فلا يعدل عن لفظه متى ما كان جائزاً؛ وذلك لقوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ : "المسلمون عند شروطهم"[1]، ولذلك اشتهرت عنهم عبارة (نص الواقف كنص الشارع)[2]، أي يجب متابعة مدلولاتها باعتبار نصوصها وظواهرها.

وممن نصّ على أن العبرة باللفظ دون القصد: الشيخ خليل في مختصره، حيث قال: "واتُّبِع شرطُه إِنْ جاز"[3]، والشيخ الأمير بقوله: "واتبع شرطه إن لم يحرم"[4]، وإليه أشار ابن عاصم بقوله:

وَكُـــلُّ مَـــا يَشْتَرِطُ الْمُحَبِّسُ

مِنْ سَائِغٍ شَرْعاً عَلَيْهِ الْحُبُسُ[5]

ومعنى النصوص المتقدمة: أن الواقف إذا شرط في عقد وقفه شروطاً فإنه يجب اتباعها حسب الإمكان إن كانت تلك الشروط جائزة؛ لأن ألفاظ الواقف – في وجوب الاتباع- كألفاظ الشارع، فإن شرط الواقف شروطاً غير جائزة فإنه لا يتبع.

وأراد فقهاؤنا هنا بالجواز: ما قابل المنع، فيجب اتباع لفظه ولو كان شرطه مكروهاً متفقاً على كراهته، كمن يجعل شرطه أن يضحِّي عنه كل عام بعد موته[6].

ثانيا: القول الذي جرى به العمل في المسألة:

---

(1) أخرجه البخاري، 304/2، حديث رقم: (2153)، كتاب الإجارة، باب أجر السمسرة.

(2) ينظر: المعيار المعرب، للونشريسي، 285/7، وشرح الخرشي لمختصر خليل، 92/7، والتوضيح شرح جامع الأمهات، الأمهات، لخليل بن إسحاق، 300/7، وشرح أقرب المسالك، للدردير، 305/2، وتحفة أكياس الناس، للوزاني، ص 383.

(3) مختصر خليل، ص249.

(4) شرح المجموع، للأمير، 559/2.

(5) تحفة الحكام، ص76.

(6) ينظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب، ص450، ومواهب الجليل، للحطاب 33/6، وشرح الخرشي مع حاشية العدوي، 98/4، وشرحي: التاودي والتسولي على التحفة، 323/2، وبلغة السالك على أقرب المسالك، للصاوي، 305/2.

القول الذي جرى به العمل المحلي والمطلق هو أن العبرة بقصد المحبِّس لا بلفظه، فيُراعى قصد المحبِّس ويقدّم على لفظه.

فقد أفتى الإمام العبدوسي— رحمه الله- أنه يجوز أنه يفعل في الحبس ما فيه مصلحة ممّا يغلب على الظن — حتى كاد أن يقطع به- أنه لو كان المحبِّس حيًّا وعُرِض عليه ذلك لرضيه واستحسنه[1].

وإلى ذلك أشار الشيخ الفاسي في نظمه حيث قال:

وَرُوعي المقصودُ في الأَحْبَاسِ

لا اللفظ في عمل أهل فاس[2]

قال الشيخ الوزّاني في شرحه: "أي إذا تعارض لفظ المحبس ومقصوده فالعمل عند أهل فاس على مراعاة القصد لا اللفظ، فيقدّم المقصود على مدلول اللفظ ويعمل به"[3].

ويرى الشيخ الرّهوني أن محلّ تقديم القصد على النص إذا لم يكن لفظ المحبِّس نصًّا صريحاً في المراد، أما إذا كان لفظه نصاً صريحاً في المراد فيجب اتباعه[4].

والذي أراه أن رأي الشيخ الرهوني منسجم مع مشهور المذهب من اعتبار اللفظ دون القصد، وغير منسجم مع القول الذي جرى به العمل؛ لأن ما جرى به العمل هو اتباع القصد عند وجود المقتضى، بخاصة أن كثيراً من المحبِّسين العوام لا يتقنون قصد المصلحة، وإن سعوا فيها بِنيَّاهم، أضف إلى ذلك عدم ذكر هذا التحرير الذي ذكره الرهوني من قبل غيره من العلماء في مظانّ البحث في هذه المسألة.

---

(1) ينظر: شرح تكميل المنهج، لميارة، ص212، وجني زهر الآس في شرح نظم عمل فاس، لكنون، ص78، والمعيار المُعرِب للونشريسي، 79/7، وتحفة أكياس الناس، للوزاني، ص383.

(2) ينظر: جني زهر الآس في شرح نظم عمل فاس، لكنون ، ص78، وتحفة أكياس الناس، للوزاني، ص380.

(3) تحفة أكياس الناس شرح نظم عمل فاس، ص380، والنوازل الكبرى، 402/8، كلاهما للوزاني.

(4) ينظر: حاشية الرهوني على شرح الزرقاني على خليل، 151/7.

المسألة الرابعة: المغارسة في أرض الوقف.

المغارسة هي أن يدفع الرجل إلى الرجل أرضه ليغرسها ثمراً فإذا أطعم يكون بينهما (الأرض والشجر) على جزء معلوم[1].

والمغارسة تجوز إلى أن يثمر الشجر، كما تجوز إلى شباب معلوم ما لم يكن يثمر قبل ذلك، فإن لم يسمّيا شيئاً معلوماً فيكون إلى الإطعام، ولا شيء للعامل حتى يبلغ الحد المشترط بينهما، والعبرة في ذلك بإثمار أكثر الشجر، والبعض الذي لم يثمر هو تبع للأكثر الذي أثمر[2].

كما جوّز فقهاؤنا الاستثناء من الأرض ما ليس مغروساً منها ما لم تلحقه يد الغارس[3]، وفي ذلك يقول ابن عاصم:

وشرطُ بقْيَا غير موضع الشجر ** لربّ الأَرض سائغٌ إذا صَدَر[4]

شروط المغارسة:

اشترط فقهاؤنا لصحة المغارسة شروطاً خمسةً، وهي:

1- أن يغرس فيها أشجاراً ثابتة الأصول، بأن يكون مما يطول مكثه فيها كالنخيل والزيتون ونحوهما دون الزرع.

2- أن تتفق الأجناس أو تتقارب في مدة إطعامها.

3- بيان حدّ خدمة الغارس كأن يجعلا ذلك إلى الإطعام أو إلى أن يبلغ أربع سنين أو أكثر، ما لم يكن إلى سنين كثيرة، فإن ضرب لها أجل إلى ما بعد الإطعام لم يجز.

4- أن يكون للغارس حظه من الأرض والشجر، فإن كان له حظه من أحدهما فقط لم يجز إلا أن يجعل له مع الشجر مواضعها من الأرض دون سائر الأرض.

5- أن لا تكون المغارسة في أرض محبسة؛ لأن المغارسة كالبيع[5].

هذه لمحة مختصرة عن المغارسة في عمومها جعلتها توطئة لحكم المغارسة في أرض الوقف التي سأتكلم عليها الآن.

---

[1] العِقد المنظم للحكام، لابن سلمون، 23/2.

[2] المصدر السابق.

[3] شرح المجموع، للأمير، 537/2، والعقد المنظم للحكّام، لابن سلمون، 23/2.

[4] تحفة الحكام، ص 73.

[5] ينظر: القوانين الفقهية، لابن جزي، ص290، وتوضيح الأحكام على تحفة الحكام، للتوزري، 177/3.

حكم المغارسة في أرض الوقف:

اختلف فقهاء المالكية في حكم المغارسة في أرض الحبس إلى أقوال، فأجازها بعضهم؛ نظرا لمصلحة الوقف آنذاك، والقول المشهور عدم جواز ذلك؛ لأنه يؤدي إلى بيع جزء من الوقف، وبيع شيء من الوقف ممنوع، وفيما يلي تفصيل ذلك:

أولا: القول الشهور في المذهب.

مشهور المذهب أن المغارسة في الأرض المحبسة لا تجوز مطلقاً، والفتوى على هذا القول قديماً وحديثاً؛ وذلك لأن المغارسة في أرض الحبس تؤدي إلى بيع بعضه وبيع الحبس لا يجوز.

وممن أفتى بهذا القول الفقيه النوازلي ابن الحاج حيث قال: "لا تجوز المغارسة في الأرض المحبّسة؛ لأن ذلك يؤدّي إلى بيع حظ منها"[1].

وهو ما أفتى به أيضاً مفتي طرابلس الغرب العلامة ابن مقيل (ت:1101هـ) حيث قال: "قال بعض الشيوخ: لا يجوز إعطاء الأرض المحبسة مغارسة؛ لأنه يؤدي إلى بيع بعضها"[2]، وبذلك أفتى أيضاً الشيخ عبدالقادر الفاسي"[3]، ونظم ذلك الشنقيطي بقوله:

وَيُمْنَعُ الغِرَاسُ في المُحَبَّسِ ** لأنه يُفْضِي لبيع الحبس[4].

ومن خلال ما تقدم يتضح أن دليل القائلين بعدم جواز إعطاء أرض الحبس مغارسة هو أن المغارسة في حقيقتها تؤول إلى بيع جزء من الأرض لاستصلاح الجزء الآخر، ويمنع هذا؛ لأنه يؤدي إلى ممنوع وهو بيع جزء من أرض الوقف، إذ الوسائل لها حكم المقاصد، وذلك لأن الشجر يتناول الأرض أيضا، كما أن الأصل في مشهور المذهب أن بيع الحبس لا يجوز بحال من الأحوال، حتى وإن خرب، وهي إحدى الروايتين عن الإمام مالك رحمه الله[5].

ثانيا: القول الذي جرى به العمل.

جرى العمل بجواز إعطاء أرض الوقف مغارسة، وعليه الفتوى عند جماعة من فقهائنا المتأخرين، فأجازها جماعة منهم: أبو زيد عبدالرحمن الفاسي[6]، والقاضي أبو الوليد بن رشد، وابن الهندي[1]،

---

[1] المعيار المعرب، للونشريسي، 197/8، والنوازل الهلالية، ص311، والأجوبة الكبرى، للفاسي، 306/1.

[2] تذييل المعيار، للتاجوري، 201/4.

[3] الأجوبة الكبرى، للفاسي، 306/1، وينظر: النوازل الكبرى، للوزاني، 508/8.

[4] مرجع المشكلات، للتواتي، ص96.

[5] شرح المجموع، للأمير، 559/2 ، حيث قال: "ولا يباع العقار وإن خَرِباً بجديد".

[6] ينظر: تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس، للوزاني، ص 393.

والوزاني[2]، والتوزري[3]، وهو ما أفتى به مفتي طرابلس الغرب (ابن مقيل)[4] بعد الوقوع والنزول لا ابتداء.

جاء في المعيار: "سئل بعض الشيوخ عن حكم من دفع أرضاً محبسة على وجه المغارسة، فغرس الرجل وأدرك الغرس، فأجاب بأنها تمضي ولا ينقضها من جاء بعده من الحكّام؛ لأنه حكم بما فيه اختلاف"[5].

وقد أدرجه صاحب نظم العمل في نظمه فقال:

وأعطِ أرضَ حُبُسٍ مغارسهْ ** ....[6]

قال الوزاني: "أي وأعط ـــ أيها القاضي أو ناظر الحبس ـــ أرض الحبس لمن يغرسها بالنصف مثلاً، فإذا غرسها وأطعمت أخذ الغارس بغرسه، وأخذ ناظر الحبس النصف الآخر كذلك، فيكون باع نصف الأرض بنصف الغرس، وفي الحقيقة هذه معاوضة"[7].

ونجد أن بعض شرّاح نظم العمل يقيدون الجواز بكوْن الأرض المحبّسة غير كريمة، فإذا كانت أرضا جيدة فلا تجوز المغارسة فيها[8].

اعتراض المانعين:

اعترض القائلون بعدم جواز عقد المغارسة في الأرض المحبّسة على قول من أجازها بأن مسألة المغارسة في أرض الحبس لم يجئ في جوازها دليل واضح، والمنع فيها أقوى، والمجوّزون اعتمدوا على جواب ابن الحاج[9]، وجوابه هذا فيه عدم الجواز ابتداءً والفسخ بعد الوقوع، وهذا بناءً منه على رواية أبي الفرج البغدادي عن الإمام مالك في الأرض المشعَّرة التي لا يعود منها بشيء.

أما ما نقل عن أبي سعيد الهندي بإمضاء المغارسة بعد الوقوع والنزول فلا دليل فيه على جواز عقد المغارسة في أرض الحبس؛ إذ لا يلزم من نفوذ الحكم بالشيء بعد الوقوع جوازه ابتداء[10].

---

(1) ينظر: تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس، للوزاني، ص 394.

(2) المصدر السابق، ص 395.

(3) ينظر: توضيح الأحكام على تحفة الحكام، للتوزري، 177/3.

(4) ينظر: تذييل المعيار، للتاجوري، 86/4.

(5) المعيار المعرب، للونشريسي، 436/7.

(6) جني زهر الآس في شرح نظم عمل فاس، لكنون، ص 79، وتحفة أكياس الناس في شرح عمليات فاس، للوزاني، ص 393.

(7) تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس، للوزاني، ص 393.

(8) ينظر: جني زهر الآس، لكنون، ص80، وتحفة أكياس الناس، للوزاني، ص395.

(9) المعيار المعرب، للونشريسي، 171/8.

(10) تحفة أكياس الناس، للوزاني، ص 394.

جواب الشيخ الوزّاني عن هذا الاعتراض:

أجاب الوزاني عن هذا الاعتراض بقوله: "إن أرض الحبس جرى العمل فيها بعقد المغارسة كما قال الناظم (عبدالرحمن الفاسي) منذ أدركنا، ولازال العمل به إلى الآن فيما رأينا"[1].

حلول لمعالجة هذه المسألة:

وضع بعض المتأخرين من فقهائنا حلولاً جمعوا بها بين القول المشهور والقول الضعيف الذي جرى به العمل، فأفتوا بعدم جواز المغارسة في أرض الوقف ابتداءً؛ نظراً لمآل المسألة، وهو بيع جزء من أرض الوقف الذي لا يجوز بيعه على المشهور المعتمد في المذهب.

أما بعد الوقوع والنزول فالفتوى عندهم بإمضاء عقد المغارسة على أرض الوقف؛ وذلك لأن ما تعارف عليه الناس وتقادم في عرفهم وعاداتهم يلتمس له مخرج شرعي ما أمكن، ولو كان على قول ضعيف، كما نص على ذلك بعض فقهائنا[2].

وممن أفتى بذلك: مفتي طرابلس الغرب، الشيخ ابن مقيل، حيث قال مجيبا عن سؤال في ذلك: "والذي يظهر لي في مغارسة سيدي عبدالرحمن التي وقفت عليها أن تحكموا فيها بالصحة، إذ هو قول في المذهب بعد الوقوع والنزول"[3]، وقال به أيضا جماعة من فقهاء مدينة مصراتة، منهم العلاّمة الشيخ محمد بن مفتاح قرّيو، والشيخ محمد بن سالم عيبلو، والشيخ عمر بن سالم البيبي [4].

وقد نقل الهلالي في نوازله عن أبي سعيد الهندي: أنها نزلت هذه المسألة في أرض غير كريمة دفعها بعض القضاة مغارسة، فلما أطعم الغرس قاسم ذلك من جهة الحبس، فأفتى بنفوذ ذلك، وأنه لا ينقض ما فعله القاضي؛ بناءً على القاعدة الفقهية ــ فيما حكم به القاضي العدل المجتهد ــ أنه لا ينقض إذا وافق قول قائل من أهل العلم وإن كان ضعيفاً[5].

---

(1) المصدر السابق، 395.

(2) ينظر: المعيار المعرب، للونشريسي، 471/6، ومباحث في الوقف الإسلامي، د. جمعة الزريقي، ص 151.

(3) تذييل المعيار، للتاجوري، 86/4.

(4) فتاوى فقهاء مصراتة، مخطوط.

(5) ينظر: النوازل الهلالية، ص311.

الخاتمة

بعد أن مَنّ الله عليّ بإتمام هذا البحث رأيتُ أن أختمه بأهم النتائج، وهي على النحو الآتي:

1- مصطلح ما جرى به العمل عبارة عن: اختيار مجتهد في المذهب قولاً ضعيفاً أو شاذاً فيفتي به؛ لباعث من مصلحة شرعية أو درء مفسدة، أو غيرهما، دون أن يخالف نصًّا شرعيا.

2- هذا المصطلح مما اختصت به المدرسة المالكية المغاربية دون غيرها من المدارس المشرقية المالكية.

3- أن الأخذ بهذا المصطلح – بضوابطه – ليس خروجاً عن القول المشهور أو الراجح في المذهب، بل هو نهج على أصل المذهب في المحافظة على المصالح المعتبرة شرعاً، وتطبيق أصل سدّ الذرائع.

4- أن هذا المصطلح لم يكن لمصادمة النصوص وتغييرها على الإطلاق، بل هو علاج تشريعي اقتضته الأحوال الاستثنائية الحاصلة في بلدة معينة؛ لإعطاء الحلول للنوازل والوقائع المستجدة، الأمر الذي يُلحظ فيه أن فقهاء المالكية كانوا يعيشون زمانهم ويبحثون عن الحلول الشرعية لما يستجد من نوازل.

5- قبل الأخذ بهذا المصطلح يجب التثبت من تحقق شروطه وضوابطه، مثل صدوره من مجتهد في المذهب، لفتوى أو قضاء به، وكذا هل هو عمل محلي أم مطلق.

6- إذا كان العمل محلياً فلا يجوز الفتوى به لمن هو في غير هذه البلاد التي بها جرى هذا العمل، وكان الموجب معدوماً في البلد الذي أريد تعديته إليه.

7- إذا جُهل المحلّ أو الزمن الذي جرى فيه العمل فلا تتأتّى تعديته إلى المحل الذي يراد تعديته إليه؛ لأن للأمكنة خصوصيات كما للأزمنة خصوصيات.

هذا والله أعلم

وصلّى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

المصادر والمراجع

1. الإتقان والإحكام شرح تحفة الحكّام، لميّارة الفاسي، دار الفكر.
2. الأجوبة الكبرى، لعبدالقادر الفاسي، تحقيق: د. عبدالقادر الحوسني، دار أبي رقراق، بالرباط، ط1، 1438هـ.
3. الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، لشهاب الدين القرافي، تحقيق: الشيخ عبد الفتاح أبو غدة، مكتبة المطبوعات الإسلامية، حلب، ط1ـ 1968ف.
4. الإسعاف بالطلب، مختصر شرح المنهج المنتخب، لأبي القاسم التواتي، مراجعة: د. حمزة أبو فارس، وعبدالمطلب قنباشة، دار الحكمة، 1997ف.
5. إسهام الطالب الخديم بشرح منظومة العلامة محمد الحسن الخديم في معرفة مصطلحات المذهب المالكي، لعبد الكريم قبول، دار الرشاد الحديثة، ط1ـ 2011ف.
6. اصطلاح المذاهب عند المالكية، د. محمد إبراهيم أحمد علي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الإمارات، ط1، 1421هـ.
7. إعداد المهج للاستفادة من المنهج في قواعد الفقه المالكي، أحمد الجكني الشنقيطي، دار الفكر العربي، بيروت، ط1، 1997ف.
8. إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك، للونشريسي، تحقيق: د. الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، دار الحكمة طرابلس، ط 2، 1997ف.
9. البهجة في شرح التحفة، لأبي الحسن التسولي، دار الفكر، ط1، 1408هـ.
10. البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرَجة، لأبي الوليد ابن رشد (الجد)، دار الغرب، تحقيق د. محمد حجي وآخرين، ط2، 1408هـ.
11. بوطليحية، شرح يحيى بن البراء، مؤسسة الريان، ط1، 2002ف.
12. التبصرة، لأبي الحسن اللخمي، تحقيق: أحمد نجيب، وزارة الأوقاف القطرية، ط2، 1433هـ.
13. تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس، للمهدي الوزاني، تقديم: أ. هاشم العلوي القاسمي، وزارة الأوقاف المغربية، 1422هـ-2001ف.
14. تذييل المعيار، للتاجوري، تحقيق: د. جمعة الزريقي، ط 1، 2008ف.
15. تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، لابن عاصم، المطبعة الثعالبية بالجزائر، ط3، 1346هـ-1928ف.
16. تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابيْ: إيضاح المسالك للونشريسي

وشرح المنهج المنتخب للمنجور، د. الصادق الغرياني، منشورات جامعة الفاتح، 2005ف.

17. التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، لخليل بن إسحاق، تحقيق: د. أحمد نجيب، مركز نجيبويه، ط1ــ 1429هــ.

18. توضيح الأحكام على تحفة الحكّام، للتوزري، المطبعة التونسية، ط1، 1339هــ.

19. جامع الأمهات، لجمال الدين ابن الحاجب، تحقيق: أبوعبد الرحمن الأخضري، دار اليمامة، ط2ــ دار اليمامة.

20. جني زهر الآس في شرح نظم عمل فاس، عبدالصمد كنون، مطبعة الشرق بمصر.

21. حاشية الأجهوري على شرح الزرقاني للبيقونية، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط أخيرة، 1949ف.

22. حاشية ابن رحّال على شرح ميارة لتحفة الحكّام، دار الفكر.

23. حاشية التسولي على شرح التاودي للامية الزقاق، المطبعة التونسية، ط1، 1303هــ.

24. حاشية حجازي على مجموع الأمير، ط مصر.

25. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، مطبعة عيسى الحلبي.

26. حاشية الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل، دار الفكر، مصورة عن طبعة بولاق، 1306هــ.

27. حاشية العدوي على شرح الخرشي لمختصر خليل، دار الفكر.

28. حاشية الوزاني على شرح التاودي للامية الزقاق، مطبعة المكينة المخزنية الفاسية، 1341هــ. .

29. حلي المعاصم لفكر بنت ابن عاصم، لمحمد التاودي بن سودة، دار الفكر، ط1ــ 1408هــ.

30. تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي، للسيوطي، مكتبة الإيمان، المنصورة، 2008ف.

31. رفع العتاب والملام عمن قال العمل بالضعيف اختياراً حرام، لمحمد بن قاسم القادري الفاسي، ط: بلا.

32. الروض المبهج بشرح بستان فكر المهج في تكميل المنهج، لميارة الفاسي، تحقيق: محمد الزائدي، منشورات مالطا، 2001ف.

33. شرح أقرب المسالك، للدردير، مطبعة مصطفى الحلبي، 1952ف.

34. شرح ابن الناظم على التحفة، دار ابن حزم.
35. شرح التاودي للامية الزقاق، المطبعة التونسية، ط1، 1303هـ.
36. شرح حدود ابن عرفة، للرّصّاع التونسي، المكتبة العلمية، ط1ـ 1350هـ.
37. شرح الخرشي لمختصر خليل، دار الفكر.
38. الشرح الكبير على مختصر خليل، للدردير، مطبعة عيسى الحلبي.
39. شرح المجموع للأمير، تحقيق: محمد محمود الأمين، دار يوسف بن تاشفين، ومكتبة الإمام مالك، ط1، 1428هـ.
40. الشيخ منصور أبو زبيدة، حياته وفتاواه، رسالة ماجستير، من إعداد: علي عبدالله ديهوم، جامعة المرقب، 2007ف.
41. ضوابط الفتوى بما جرى به العمل في المذهب المالكي، د. فرج علي جوان، بحث محكّم، ضمن بحوث مؤتمر الفتوى واستشراف المستقبل.
42. طرد الضوال والهمل عن الكروع في حياض مسائل العمل، للعلوي الشنقيطي، دار المذهب، ط2، 1435هـ.
43. العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومها عند علماء المغرب، عمر الجيدي، مطبعة فضالة المحمدية بالمغرب، 1982ف.
44. العِقْد المنظّم للحكّام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام، لابن سلمون، المطبعة الشرقية بمصر، 1301هـ.
45. العمل السوسي في الميدان القضائي، نظم أبي عبدالرحمن بن عبدالله الجشتيمي، شرح ومقارنة: الرحماني عبدالله بن محمد الجشتيمي، مكتبة المعارف بالرباط، ط1، 1404هـ.
46. فتاوى علماء مصراتة، كتاب مخطوط (جمع وتحقيق)، للباحث.
47. فتح الجليل الصمد في شرح التكميل والمعتمد، للسجلماسي، تحقيق: عائشة العلوي آل الشيخ، أطروحة دكتوراه مرقونة، جامعة القرويين، كلية الشريعة، فاس، السنة الجامعية 2001-2002ف.
48. فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، لعليش، دار الفكر.
49. فتح العليم الخلاّق في شرح لامية الزقّاق، لميّارة الفاسي، تحقيق: رشيد البكاري، المكتبة العصرية، بيروت، ط1، 1429هـ.
50. الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، للحجوي الثعالبي الفاسي، دار الكتب العلمية بيروت، ط1ـ 1416هـ..
51. الفواكه الدواني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، للنفراوي، مطبعة مصطفى

الحلبي، ط3، 1955ف.

52. القوانين الفقهية، لابن جزي، عناية: محمد موهوب بن حسين، دار الهدى، الجزائر، 2000ف.

53. مباحث في الوقف الإسلامي، د. جمعة الزريقي، ط: بلا، 2007 ف.

54. متن أقرب المسالك، للدردير، مطبعة مصطفى الحلبي، ط2، 1954ف.

55. كشف النقاب الحاجب من مصطلحات ابن الحاجب، لابن فرحون، تحقيق: د. حمزة أبو فارس، د. عبد السلام العالم، دار الغرب الإسلامي، ط 1، 1990ف.

56. متن تحفة الحكّام في نكت العقود والأحكام، لابن عاصم، المطبعة الثعالبية بالجزائر، ط2، 1928ف.

57. متن رسالة القيرواني، لابن أبي زيد، عناية: أحمد الطهطاوي، دار الفضيلة، 2005ف.

58. مجلة الأحكام العدلية العثمانية، للجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء، تحقيق: نجيب هواويني، مطبعة كراتشي.

59. مختصر خليل، ومعه تعليقات الشيخ الطاهر الزاوي، اعتنى به: د. محمد محمد تامر، ط: بلا.

60. المدخل لدراسة الفقه المالكي، د. أحمد ذيب، دار ابن حزم، ط1، 1435هـ.

61. مدونة الفقه المالكي وأدلته، د. الصادق الغرياني، مؤسسة الريان، بيروت، ط1، 2002ف.

62. مراقي السعود لمبتغي الرقيّ والصعود، للعلوي الشنقيطي، مراجعة: د.محمد ولد حبيب الشنقيطي، دار المنارة، جدة، ط2، 1429هـ.

63. مرجع المشكلات في الاعتقادات والعبادات والمعاملات والجنايات على مذهب الإمام مالك، للشيخ التواتي الليبي، (شرح نظم نوازل العلوي الشنقيطي)، مكتبة النجاح، طرابلس الغرب.

64. مشهور الأحكام في نوازل الأنام على مذهب مالك الإمام، للشيخ عمر سالم البيبي، دار ومكتبة الشعب، ط1، 2013ف.

65. مصطلح ما جرى به العمل وأثره على تغيّر الفتوى في المدرسة المالكية بالغرب الإسلامي، د. عبدالفتاح الزنيفي، بحث مقدم لمؤتمر: نحو منهج علمي أصيل لدراسة القضايا الفقهية المعاصرة بالرياض، 27-2010/04/28ف.

66. مصنفات المالكية فيما جرى به العمل، د. كمال بلحركة، بحث مقدم في ندوة

بعنوان: "العمل السوسي تاريخه وقضاياه"، ربيع الأول 1427هـ، بكلية الشريعة بجامعة القرويين، أكادير.
67. المعيار المعرِب والجامع المغرب عن فتاوى أفريقية والأندلس والمغرب، للونشريسي، خرّجه جماعة من الفقهاء بإشراف: د. محمد حجّي، دار الغرب الإسلامي، بيروت.
68. منح الجليل شرح على مختصر سيدي خليل، لعليش، دار الفكر، بيروت، 1409هـ.
69. مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، للحطاب، تحقيق ونشر: دار الرضوان بنواكشوط، ط 2، 1434هـ.
70. مواهب الخلاّق على شرح التاودي للامية الزقاق، لأبي الشتاء الصنهاجي، المطبعة الأزهرية للتراث، ط1، 2008ف.
71. نثر الورود على مراقي السعود، للأمين الشنقيطي، تحقيق وإكمال: د. محمد ولد حبيب الشنقيطي، دار المنار، جدّة، ط2، 1420هـ.
72. النوازل الجديد الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البَدْوِ والقرى، للوزّاني، تحقيق: عمر بن عباد، وزارة الأوقاف المغربية، 1419هـ-1998ف.
73. النوازل الهلالية، تحقيق: د. أحمد نجيب، مركز نجيبويه، ط1، 1434هـ.
74. نور البصر في شرح مقدمة المختصر، للهلالي، تحقيق: د. أحمد عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه، ط1، 1434هـ.
75. الهداية شرح بداية المبتدي، للمرغيناني، المكتبة الإسلامية، بيروت.